L'UNION SOCIALE POUR L'HABITAT
Les Hlm, habiter mieux, bien vivre ensemble

Mission affaires européennes
Représentation auprès de l'Union européenne

La coopération public-public en 15 questions

Un cadre européen stable et favorable au développement de la coopération des organismes d'Hlm dans l'accomplissement de leurs missions

Décoder les dispositions communes aux nouvelles Directives 2014/24/UE (marchés publics) et 2014/23/UE (Concessions), JOUE n° L94 du 28 mars 2014

Introduction

Au terme de deux années de négociations difficiles, le Conseil, le Parlement et la Commission ont abouti à un accord sur le champ d'application de la coopération public-public et les conditions de participation de capitaux privés aux marchés de coopération.

Le contenu de cet accord politique a été repris en des termes identiques dans les nouvelles directives marchés publics et concessions, publiées aujourd'hui au JOUE[1].

L'Union sociale pour l'habitat et les autorités françaises ont œuvré de concert à Bruxelles pour que ces dispositions puissent constituer un cadre stable et favorable au développement de la coopération des organismes d'Hlm dans l'accomplissement de leurs missions.

La coopération est un passage obligé, par la mise en commun de moyens nécessaires à l'exécution des différents services dont les organismes d'Hlm sont chargés. Il s'agit d'une réponse structurelle et organisationnelle à la complexité croissante des opérations, à la diversité de la demande de logements dans les territoires, à l'exigence d'approches intégrées inter services publics face aux nouveaux enjeux sociaux et urbains.

L'épineuse question de l'interdiction de toute participation de capitaux privés a été arbitrée par les co-législateurs européens. Ces derniers ont su concilier l'exigence de liberté d'organisation et celle de concurrence non faussée entre opérateurs économiques.

L'accord politique garantit une égalité de traitement entre pouvoirs adjudicateurs, autorités publiques et organismes de droit public, dans leur capacité à coopérer hors des marchés publics, y compris quand les organismes de droit public disposent de participations privées.

Une distinction entre participations indirectes à la coopération, c'est-à-dire aux pouvoirs adjudicateurs coopérants, et participations directes à l'entité de coopération ou à la personne morale bénéficiaire du marché de coopération, a ainsi été opérée par le législateur européen, sur proposition de l'Union sociale pour l'habitat et avec l'appui de Michel Barnier.

Cette note a pour objectif de décoder ces nouvelles dispositions du droit de l'Union européenne en direction des organismes d'Hlm à de fins de sécurité juridique de leurs coopérations engagées et à venir.

La France doit transposer ces dispositions dans son droit interne d'ici au 18 avril 2016[2]. Cette transposition, engagée dès à présent par Bercy, demeure un enjeu important de négociation car la France peut être plus restrictive en matière de coopération Hlm que ces dispositions de la directive protectrices du bon accomplissement des missions d'intérêt général.

Laurent Ghekiere

Directeur des affaires européennes de l'Union sociale pour l'habitat
Représentant auprès de l'Union européenne

Bruxelles, le 28 mars 2014

[1] JOUE L 94 du 28 mars 2014, p.65 à 242
[2] Voir le calendrier de transposition de Bercy in www.union-habitat.eu/?article259

Sommaire

Glossaire……..……..……5

I : COOPERATION PUBLIC-PUBLIC ET PARTICIPATIONS PRIVEES

1. Pourquoi légiférer en matière de coopération public-public ? 6

2. Quels sont les principes retenus par le législateur européen en matière de participations privées à ces formes de participation public-public ? 6

3. Quelles sont les différentes modalités de coopération et les conditions requises en matière de participations privées ? 8

4. Quelles sont les formes de participations privées autorisées en matière de coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs dans l'exécution conjointe de services publics ? 10

5. Quelles sont les formes de participations privées autorisées en matière de coopération verticale ou « in house» ? 11

6. Quels sont les champs d'activités couverts par la coopération public-public ? 13

7. A quel titre une entité régie par le droit privé et disposant de participation de capitaux privés peut-elle être qualifiée « d'organisme de droit public » et à ce titre, de « pouvoir adjudicateur » ou encore « d'entité appartenant au secteur public » au sens de l'article 12 de la directive marchés publics révisée ? 14

8. Quelles sont les conditions d'application de la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs en matière de fourniture conjointe de services publics ? 15

II : LES MODES OPERATOIRES DE LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

9. Quels sont les modes opératoires de la coopération public-public au sens de l'article 12 ? 17

10. Quelles sont les conditions d'application de l'exemption au titre de la coopération horizontale ? 18

11. Comment mesurer les 20% des activités pouvant être réalisées sur le marché en direction d'opérateurs économiques privés ? 19

12. Quelles sont les conditions d'application de l'exemption au titre de la coopération verticale ou « in house » ? 19

13. Comment remplir le critère de « contrôle analogue » ? 20

14. Qu'est-ce que le « in house inversé » ? Quelles conditions applicables en matière de participation de capitaux privés ? 22

15. Qu'est-ce que le « in house conjoint » ? Quelles sont les conditions à remplir pour assurer un contrôle analogue conjoint sur une personne morale ? 23

Tableau récapitulatif **26**

ANNEXE : DIRECTIVE 2014/24/UE

Article 12……..……..27

Considérant 31…..……..……..…..28

Considérant 32…..……..28

Considérant 33…..……..29

Votre contact sur ce dossier……30

Glossaire

Définitions (article 2)

Pouvoirs adjudicateurs : l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public;

Autorités publiques centrales : les pouvoirs adjudicateurs figurant à l'annexe I et, dans la mesure où des rectificatifs ou des modifications auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé;

Pouvoirs adjudicateurs sous-centraux : tous les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités publiques centrales;

Organisme de droit public : tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes:

. il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

. il est doté de la personnalité juridique ; et

. soit il est financé majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.

Marchés publics : des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services;

I : COOPERATION PUBLIC-PUBLIC ET PARTICIPATIONS PRIVEES

Commentaires des considérants 31 à 33

1 : Pourquoi légiférer en matière de coopération public-public ?

Une insécurité juridique persistait jusqu'à présent quant à l'application de la directive marchés publics aux contrats de coopération conclus entre pouvoirs adjudicateurs et par conséquent entre organismes d'Hlm ou entre organismes d'Hlm et tout autre pouvoir adjudicateur.

Cette insécurité juridique était encore renforcée par la présence de participations de capitaux privées à ces contrats de coopération ou de participations dans le capital de certains pouvoirs adjudicateurs participants à la coopération en qualité d'organismes de droit public[3], à l'exemple des SAHlm et des coopératives Hlm.

De surcroit, la jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne faisait l'objet d'interprétations différentes selon les États membres et même selon les pouvoirs adjudicateurs ou les autorités de contrôle, précisément en matière de coopération entre organismes de droit public pouvant disposer de capitaux privés.

Il était dès lors nécessaire pour le législateur européen et les opérateurs directement concernés, de préciser dans quels cas des contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs ne sont pas soumis aux règles de la directive marchés publics.

Cette clarification du droit applicable à ces formes de coopération dites « public-public » a donc été opérée en termes identiques dans les directives marchés publics (article 12 + considérants 31 à 33) et concessions à la demande de nombreux acteurs[4], parmi lesquels l'Union sociale pour l'Habitat soutenue au sein du Conseil européen par les autorités françaises et au sein du Parlement européen par le rapporteur Marc Tarabella et de nombreux Députés européens.

2 : Quels sont les principes retenus par le législateur européen en matière de participations privées à ces formes de coopération public-public ?

Deux principes-clés ont guidé le choix du législateur européen dans un esprit de conciliation et de respect des principes de nécessité et de proportionnalité du Traité :

- **Liberté d'organisation et d'exécution** des pouvoirs adjudicateurs d'une part,
- **Concurrence non faussée** entre opérateurs économiques dans le marché intérieur de l'autre.

[3] Voir définition en p.14

[4] La coopération était l'une des préoccupations majeures manifestée dans le cadre de la consultation publique sur la révision de la directive.

Il s'agit en effet de deux principes-clés énoncés dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de coopération public-public.

Le seul fait que deux parties à un contrat de coopération sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs n'exclut pas en soi l'application des règles établies dans la directive marchés publics.

L'application de ces règles ne doit pas pour autant interférer avec la liberté des pouvoirs adjudicateurs d'exécuter les missions qui leur sont confiées, notamment en termes de choix d'organisation et de mobilisation de leurs propres ressources.

Cette **liberté d'organisation**, par ailleurs reconnue dans le Traité dans un Protocole dédié aux services d'intérêt général[5], inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans l'exécution de ces services et des missions qui leur sont imparties par le législateur interne.

La coopération entre pouvoirs adjudicateurs, et par conséquent entre organismes d'Hlm, relève donc d'une liberté d'organisation **reconnue** par la Cour de justice de l'Union européenne.

Mais pour le législateur européen, il convient tout autant de veiller à ce qu'aucune coopération ainsi exemptée au titre de cette liberté d'organisation, **ne fausse la concurrence** dans le marché intérieur à l'égard d'opérateurs économiques privés, dans la mesure où elle placerait un prestataire de services dans **une position privilégiée** par rapport à ses concurrents dans l'exécution du contrat de coopération.

Pour ce faire, le législateur a introduit deux novations :

1. une distinction entre **le caractère direct et indirect** des formes non-obligatoires de participations privées à la coopération dans le respect du principe de concurrence non faussée,

2. une prise en compte, sous certaines conditions, de l'existence de participations privées règlementées à la coopération, directes et **obligatoires**, dès lors qu'elles sont requises par la loi, qu'elles sont « non contrôlantes », et respectueuses des dispositions du Traité.

Ces dispositions nouvelles, qui viennent préciser la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière d'interdiction de toute participation privée, permettent aux pouvoirs adjudicateurs disposant en leur sein de participations privées, de prendre part en toute sécurité juridique à la coopération public-public dans l'exécution des services qui leur sont confiés par le législateur interne.

Ces dispositions nouvelles rétablissent ainsi une égalité de traitement entre pouvoirs adjudicateurs en matière de liberté d'exécution des services dont ils sont chargés.

Elles leur reconnaissent une capacité à les exécuter au moyen d'une coopération, y compris pour les organismes de droit public disposant de participations privées dans leur capital.

Les formes non obligatoires de participations privées à la coopération autorisées sont « indirectes » car propres aux pouvoirs adjudicateurs coopérants et ne prenant pas directement part au contrat de coopération. Ces participations privées indirectes n'altèrent pas le principe de concurrence non faussée selon le législateur européen.

En effet, leur participation au capital des organismes de droit public coopérants ne les placent pas dans une position privilégiée par rapport à leurs concurrents dans l'exécution du contrat de coopération.

[5] Protocole 26 TUE et TFUE

3 : Quelles sont les différentes modalités de coopération et leurs conditions requises en matière de participations privées ?

Le législateur a défini deux modalités de coopération reposant sur des conditions propres en matière de champ d'application et de participations privées : la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs et la coopération verticale ou « in house ».

1. la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs.

Elle est applicable strictement à l'exécution conjointe, à des fins **d'intérêt public**, de **services publics** disposant **d'objectif commun**. Elle relève par essence de la liberté d'organisation des services publics établie par le Traité et ne s'applique qu'à la coopération **entre pouvoirs adjudicateurs exclusivement**.

Pas de conditions spécifiques requises en matière de participations privées à ces pouvoirs adjudicateurs coopérants, y compris pour les organismes de droit public disposant de capitaux privés. Il s'agit de contrats de coopération entre pouvoirs adjudicateurs, sans constitution de personne morale tierce et sans participations privées autres que celles pouvant être présentes dans certains pouvoirs adjudicateurs coopérants, à savoir les organismes de droit public disposant de capitaux privés.

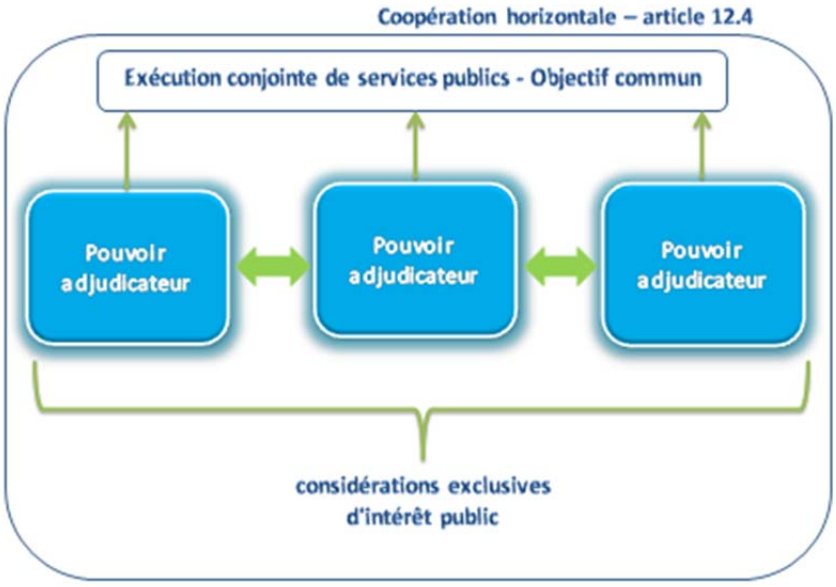


ILLUSTRATION :

La coopération horizontale permet à deux organismes d'Hlm ou à plusieurs organismes d'Hlm de coopérer entre eux à des **fins d'intérêt public**, par exemple pour renforcer la performance économique et sociale du service public du logement social, répondre à de nouveaux besoins en logement, développer de nouvelles activités inhérentes à la mutabilité du service public du logement social ou une approche plus intégrée avec d'autres services publics liés, à titre d'exemple dans une démarche globale d'inclusion sociale de personnes défavorisées, de maintien à domicile de personnes âgées, de soins à domicile, ou encore de logements adaptés...).

A titre d'exemple, trois formes d'exécution conjointe du service public du logement social peuvent être développées conformément à cette finalité exclusive d'intérêt public :

- entre organismes d'Hlm par des conventions de mise en commun de moyens, ces moyens étant considérés comme nécessaires à l'exécution des missions de service public imparties par le législateur interne,

- entre organismes d'Hlm et d'autres pouvoirs adjudicateurs également chargés de la gestion du service public du logement social,

- entre organismes d'Hlm et tout autre pouvoir adjudicateur chargé d'un autre service public complémentaire à celui du logement social et disposant d'objectif(s) commun(s) à celui du logement social dans une finalité d'intérêt public consistant à promouvoir des services publics intégrés répondant à des besoins nouveaux.

2. la coopération verticale ou « in house »

Cette coopération est fondée sur une **relation de contrôle analogue** entre entités coopérantes de contrôle et contrôlée dans l'exécution des services et activités dont l'entité de contrôle est chargée.

Contrairement à la coopération horizontale, le contrat de coopération verticale ou « in house » est conclu avec une personne morale distincte, contrôlée par le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle. Cette entité contrôlée peut ne pas être un pouvoir adjudicateur mais **toute personne morale** contrôlée par le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle.

Le champ de cette coopération va également au-delà de la stricte exécution conjointe de services publics complémentaires. Elle s'applique à **l'ensemble des services et activités** dont le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle sont chargés.

Des conditions spécifiques de participations privées y sont strictement définies dès lors qu'elles sont **directement** associées au contrat de coopération et ou à la personne morale contrôlée chargée de la coopération.

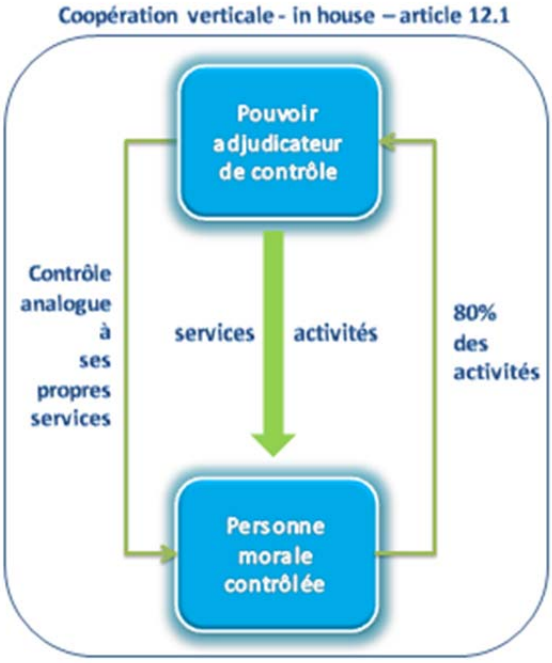


ILLUSTRATION :

La coopération verticale ou « in house » permet, à titre d'exemple, à plusieurs organismes d'Hlm de mettre en commun leurs moyens en constituant une personne morale dédiée dont ils assurent un **contrôle analogue conjoint** (GIE, SAS, SCIC…) dans toutes les activités liées à l'exécution des services dont ils sont chargés par le législateur interne.

Cela couvre bien entendu le service public du logement social mais également **les autres activités** exécutées en référence aux missions particulières imparties aux organismes d'Hlm par le législateur, en matière de mixité sociale et de diversité de l'habitat.

Cette coopération verticale ou « in house » permet également à un organisme d'Hlm de passer des contrats de coopération avec le ou les organismes d'Hlm sur lesquels il exerce un **contrôle analogue** à celui exercé sur ses propres services (organismes d'Hlm filiales d'un organisme d'Hlm de tête).

Ces contrats peuvent couvrir l'ensemble des services et activités exécutés par cet organisme d'Hlm de contrôle, service public du logement social et autres services ou activités exécutées au titre des missions imparties par le législateur interne.

4. Quelles sont les formes de participations privées autorisées en matière de coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs dans l'exécution conjointe de services publics ?

Les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent disposer de participation de capitaux privés en leur sein (*notion d'entreprises sociales*[6]), sont en mesure de **se prévaloir de l'exemption** concernant la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs.

Par conséquent, lorsque toutes les conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière s'applique également à ces pouvoirs adjudicateurs disposant de participation de capitaux privés.

Le contrat de coopération horizontale doit être **conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs**, autorités publiques et/ou organismes de droit public.

[6] COM(2011) 682 final in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0682:FIN:FR:PDF

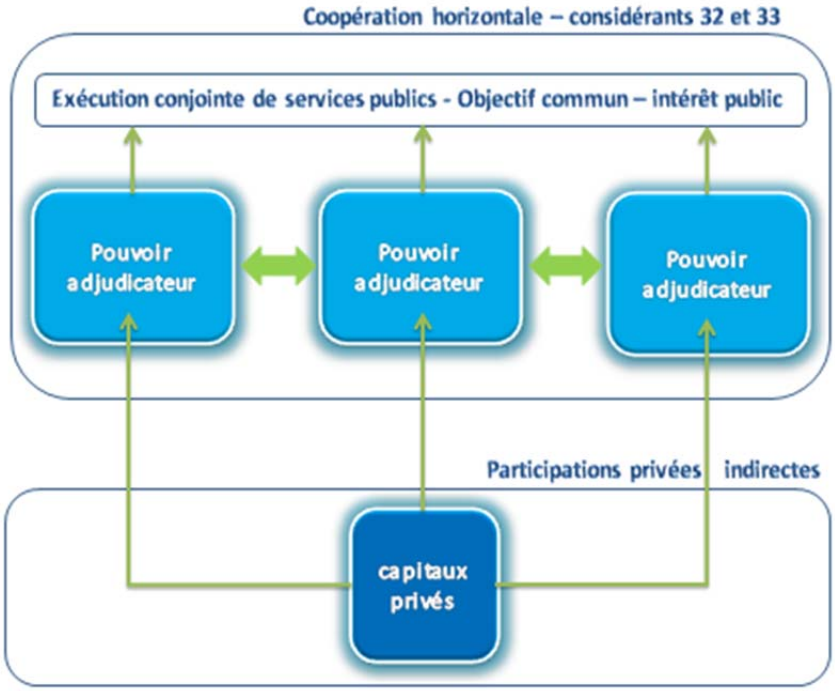

Coopération horizontale – considérants 32 et 33
Exécution conjointe de services publics - Objectif commun – intérêt public
Pouvoir adjudicateur
Pouvoir adjudicateur
Pouvoir adjudicateur
Participations privées indirectes
capitaux privés

ILLUSTRATION.

Ces dispositions s'appliquent aux contrats de coopération conclus entre organismes d'Hlm, à l'exemple des conventions de mise en commun de moyens, dans la stricte **exécution conjointe** du service public du logement social mais également, potentiellement, dans leurs contrats de coopération avec tout autre pouvoir adjudicateur, organisme de droit public et/ou autorité publique, participant à l'exécution du service public du logement social ou de tout autre service public **partageant un objectif commun** avec celui du logement social.

Cette forme de coopération horizontale permet donc de promouvoir des modes de coopération **inter services publics** dès lors qu'ils partagent un **objectif commun** et s'inscrivent dans une finalité **d'intérêt public**.

Cette disposition permet de conforter en droit le développement d'approches intégrées de services publics complémentaires. Cet objectif commun s'illustre au regard des compétences des organismes d'Hlm découlant du service public du logement social.

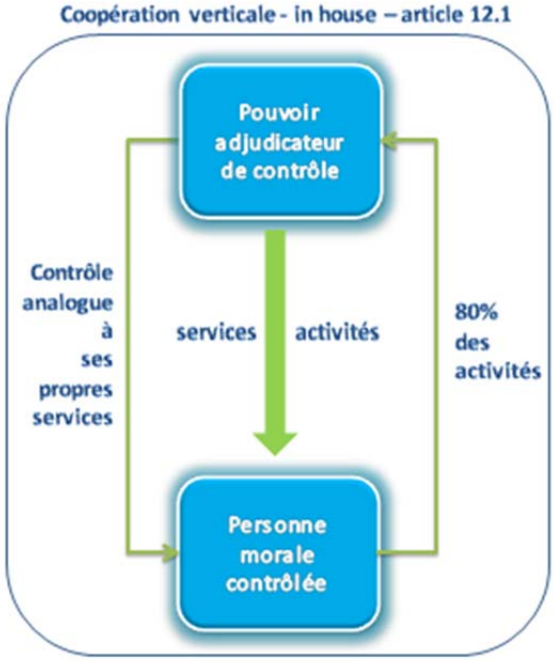
5. Quelles sont les formes de participations privées autorisées et prohibées en matière de coopération verticale « in house » ?

Rappel des conditions « in house ».

Les marchés et concessions « in house » attribués à des personnes morales contrôlées ne sont pas soumis à l'application des procédures prévues par les directives marchés publics et concessions :

1. si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services;

2. à condition que la personne morale contrôlée consacre **plus de 80 % de ses activités** à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du contrat.



Trois cas de figure en matière de participations privées à ces contrats in house:

Pas de participations privées directes dans le capital de la personne morale contrôlée.

Cette exemption « in house » ne s'applique pas aux situations où un opérateur économique privé détient une **participation directe** dans le capital de la personne morale contrôlée.

En effet, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché sans recours à une procédure concurrentielle conférerait à l'opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée un avantage indu par rapport à ses concurrents. Cela fausserait la concurrence entre opérateurs économiques dans le marché intérieur et serait donc contraire aux principes établis par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Participations privées règlementées, directes, obligatoires et non contrôlantes.

Toutefois, eu égard aux caractéristiques particulières de certains organismes publics disposant de **capitaux privés règlementés**, notamment à **adhésion obligatoire**, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle ne devrait pas s'appliquer à ces participations privées règlementées sous 2 conditions :

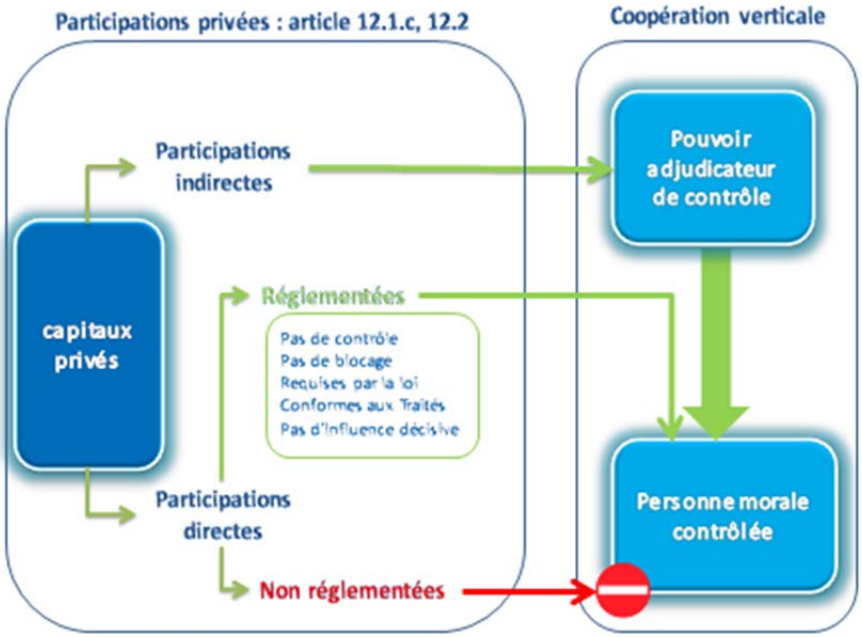
- dans les cas où la participation **d'opérateurs économiques privés spécifiques** dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue **obligatoire** par des **dispositions législatives nationales conformes aux Traités**,

- à condition que cette participation obligatoire requise par la loi interne **ne donne pas un pouvoir de contrôle ou de blocage** et **ne confère pas une influence décisive** sur les décisions de la personne morale contrôlée.

Il convient de rappeler que la **participation privée directe** dans le capital de la personne morale contrôlée constitue **le seul élément déterminant** en matière de participation privée, les participations privées indirectes, par le pouvoir adjudicateur de contrôle, n'étant pas susceptibles de fausser la concurrence entre opérateurs économiques dans le marché intérieur.

Participations privées indirectes à la coopération par le pouvoir adjudicateur de contrôle.

Le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés, à l'exemple des SAHlm et des coopératives Hlm, ne fait pas obstacle à l'attribution de contrats à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la directive marchés publics ou concessions, étant donné que ces participations privées **indirectes ne nuisent pas** à la concurrence entre les opérateurs économiques privés.



6. Quels sont les champs d'activités couverts par la coopération public-public ?

Conformément au principe de **liberté d'organisation** établi par le Traité, les pouvoirs publics doivent pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière.

Cette coopération public-public peut porter sur **tous les types d'activités** liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs participants ou assumées par eux, telles que :

- des **missions obligatoires ou volontaires** relevant de pouvoirs locaux ou régionaux,
- des **services confiés** à des organismes particuliers par le droit public *(au sens par exemple des compétences d'objet des organismes d'Hlm définies de façon détaillée par le CCH en référence aux missions particulières qui leur sont imparties par le législateur interne).*

En matière de coopération horizontale, il n'est pas nécessaire que les services publics fournis par les différents pouvoirs participants à la coopération soient identiques. Ils peuvent également être **complémentaires** en ce sens qu'ils doivent partager **un même objectif**.

ILLUSTRATION :

Cette disposition permet ainsi à des pouvoirs adjudicateurs chargés de l'exécution de services publics complémentaires car partageant un objectif commun, de coopérer à des fins d'intérêt public. A titre d'exemple, pour le service public du logement social, la coopération horizontale permet de renforcer son efficacité et sa performance en matière de satisfaction de besoins complexes nécessitant une approche intégrée multi services publics (exemple de logements adaptés, accompagnement social, maintien à domicile de personnes âgées, solvabilisation et accès à l'emploi, …). En matière de coopération verticale, cela permet la mise en commun de moyens entre organismes d'Hlm ou encore la spécialisation de certains organismes Hlm filiales.

7. A quel titre une entité régie par le droit privé et disposant de participation de capitaux privés peut-elle être qualifiée « d'organisme de droit public » et à ce titre, de « pouvoir adjudicateur » ou encore « d'entité appartenant au secteur public » au sens de l'article 12?

Les notions de «pouvoirs adjudicateurs» et, en particulier, celle d'«organismes de droit public» ont fait, à plusieurs reprises, l'objet d'un examen dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Afin d'indiquer clairement que le champ d'application de la directive devait demeurer inchangé, le législateur a fait le choix de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée tout en introduisant un certain nombre de clarifications apportées par la jurisprudence pour une meilleure compréhension de ces définitions.

À cette fin, le législateur a précisé qu'un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un «organisme de droit public», étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire, peuvent être réputés avoir un **caractère industriel ou commercial**.

De même, la condition liée à l'origine du financement de l'organisme considéré a également été examinée par la jurisprudence, qui a précisé notamment que la notion de «financement majoritaire» signifie un financement pour plus de la moitié, qui peut comprendre des

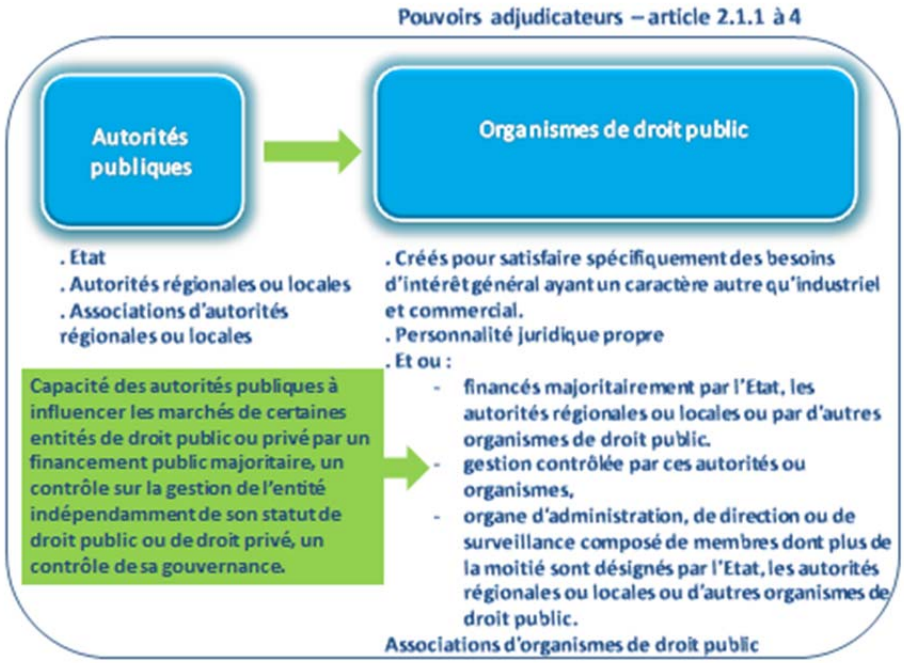
paiements provenant d'usagers, qui sont imposés, calculés et recouvrés conformément aux règles de droit public.

ILLUSTRATION :

En ce qui concerne les organismes d'Hlm, la Cour de Justice de l'Union européenne a qualifié les SAHlm « d'organismes de droit public », et par conséquent de « pouvoirs adjudicateurs », compte tenu notamment du contrôle sur leur gestion opéré par l'Etat, et *in fine*, de la capacité de l'Etat à influencer les marchés passés par les SAHlm[7].

Ainsi, malgré les participations de capitaux privés et leur statut de droit privé, les SAHlm ont été assimilées par la Cour de Justice de l'Union européenne à des pouvoirs adjudicateurs appartenant au secteur public car sous influence de l'Etat, et dont certaines formes de coopération peuvent relever de l'article 12 de la directive marchés publics.

Considérant 10


Pouvoirs adjudicateurs – article 2.1.1 à 4
Autorités publiques
Organismes de droit public
. Etat
. Autorités régionales ou locales
. Associations d'autorités régionales ou locales
. Créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial.
. Personnalité juridique propre
. Et ou :
- financés majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public.
- gestion contrôlée par ces autorités ou organismes,
- organe d'administration, de direction ou de surveillance composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.
Capacité des autorités publiques à influencer les marchés de certaines entités de droit public ou privé par un financement public majoritaire, un contrôle sur la gestion de l'entité indépendamment de son statut de droit public ou de droit privé, un contrôle de sa gouvernance.
Associations d'organismes de droit public

8. Quelles sont les conditions d'application de la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs en matière de fourniture conjointe de services publics ?

Les contrats concernant la **fourniture conjointe de services publics** ne sont pas soumis à la directive marchés publics et à la directive concessions, à condition :

1. qu'ils soient conclus **exclusivement** entre pouvoirs adjudicateurs,

[7] Affaire C237/99

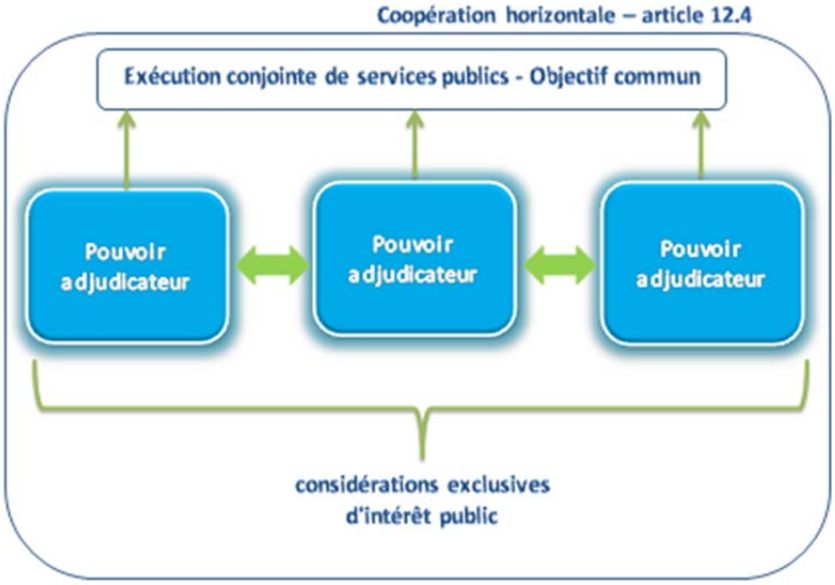
2. que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des **considérations d'intérêt public** et,

3. qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une **position privilégiée** par rapport à ses concurrents.

Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur la notion de coopération.

Il n'est pas indispensable que tous les pouvoirs adjudicateurs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, pour autant que l'engagement ait été pris de **coopérer à l'exécution de la mission de service public** en question.

En outre, la mise en oeuvre de la coopération, **y compris tout transfert financier** entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne doit obéir qu'à des **considérations d'intérêt public**.



RECOMMANDATIONS :

Il convient de s'assurer que les conventions de mise en commun de moyens entre organismes d'HLM au titre d'une coopération horizontale précisent :

1. les considérations d'intérêt public qui fondent cette convention de coopération et leur caractère exclusif,

2. la nature exclusive de cette coopération, à savoir la « fourniture conjointe de service public »,

3. la nature des missions de service public concernées et le ou les objectifs communs à ces missions notamment quand il s'agit de missions de service public distinctes mais complémentaires,

4. que les organismes d'Hlm participants réalisent sur le marché moins de 20 % des activités concernées par cette coopération,

5. la référence explicite à la notion de « coopération horizontale » et à cet article 12.4 de la directive 2014/24/UE.

II : LES MODES OPERATOIRES DE LA COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

Commentaires des dispositions de l'article 12

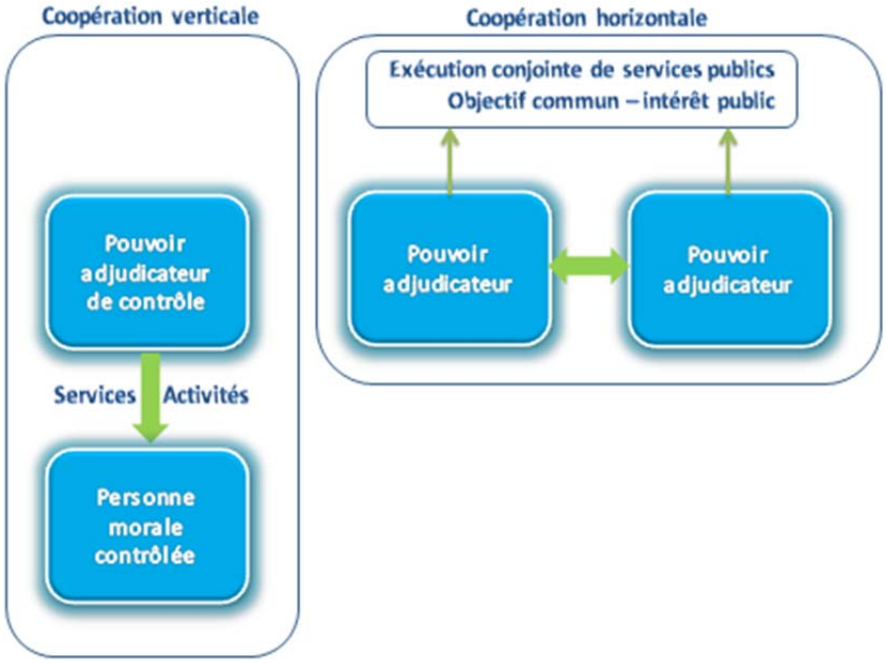
9. Quels sont les modes opératoires de la coopération public-public au sens de l'article 12 ?

Deux modalités de coopération sont définies à l'article 12.

Pour chacune d'entre elles, des conditions propres ont été établies par le législateur en matière de participations privées :

1. la **coopération horizontale** exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs dans l'exécution conjointe de services publics ayant un objectif commun. Le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'application de la coopération horizontale étant donné que ces participations indirectes ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés dans le marché intérieur.

2. la **coopération verticale ou « In house »** fondée sur le contrôle d'une entité de coopération, et ses variantes (in house, in house inversé, in house conjoint). La participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant en la matière. Elle est admise dès lors qu'elle est règlementée.



10. Quelles sont les conditions d'application de l'exemption au titre de la coopération horizontale ?

Elles sont précisées à l'article 12.4 de la directive marchés publics

Article 12.4

« Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application des directives marchés publics et concessions lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

1. *le marché établit ou met en oeuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ; (article 12.4.a)*

2. *la mise en oeuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; (article 12.4.b) et,*

3. *les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. (article 12.4.c) ».*

RECOMMANDATIONS :

Il convient de s'assurer que les conventions de mise en commun de moyens entre organismes d'Hlm précisent :

1. les considérations d'intérêt public qui fondent cette coopération et leur caractère exclusif,

2. la nature exclusive de cette coopération, à savoir soit la fourniture conjointe du service public du logement social, soit la fourniture conjointe de services publics complémentaires à celui du logement social.

3. la nature des missions de service public concernées et le ou les objectifs communs à ces missions notamment quand il s'agit de missions de service public distinctes mais complémentaires,

4. que les organismes d'Hlm participants réalisent sur le marché moins de 20 % des activités concernées par cette coopération,

5. la référence explicite à la notion de « coopération horizontale » et à cet article 12.4 de la directive 2014/24/UE

11. Comment mesurer les 20% des activités pouvant être réalisées sur le marché en direction d'opérateurs économiques privés ?

L'article 12.5 de la directive marchés publics précise les modes de calcul des activités concernées.

Article 12.5

« Le pourcentage d'activités fournis directement sur le marché est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale, le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités».

12. Quelles sont les conditions d'application de l'exemption au titre de la coopération verticale ou « in house » ?

Trois conditions à remplir sont définies à l'article 12.1 de la directive marchés publics :

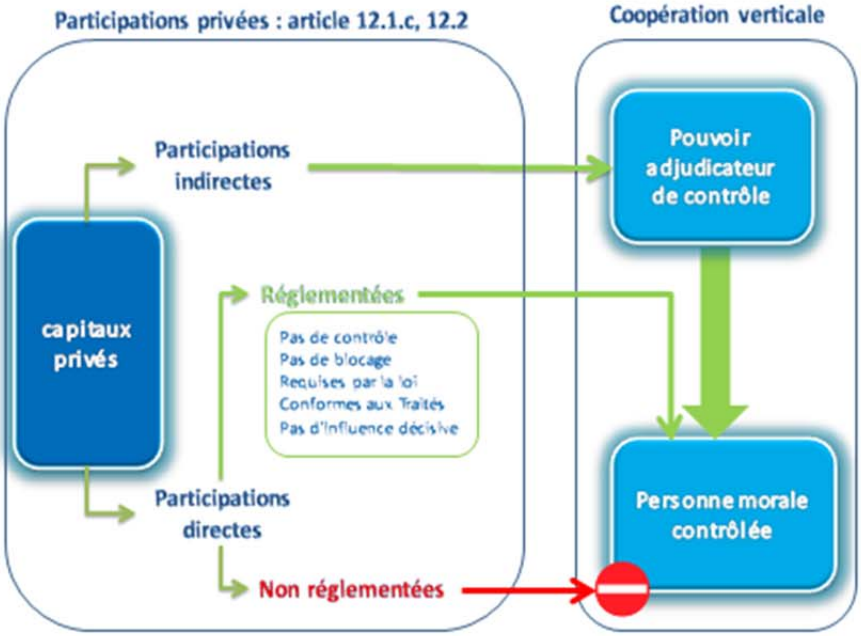
Article 12.1

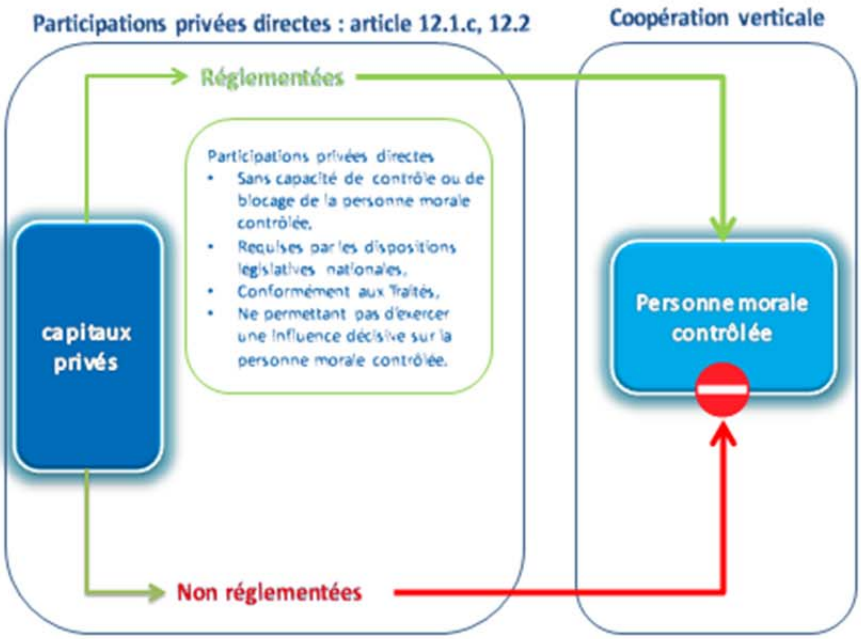
« Un marché attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

1. *le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services ; (article 12.1.a)*

2. *plus de **80% des activités** de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales que ce pouvoir adjudicateur contrôle ; (article 12.1.b)*

3. *la personne morale contrôlée ne comporte **pas de participation directe** de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans pouvoir de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. (article 12.1.c) »*



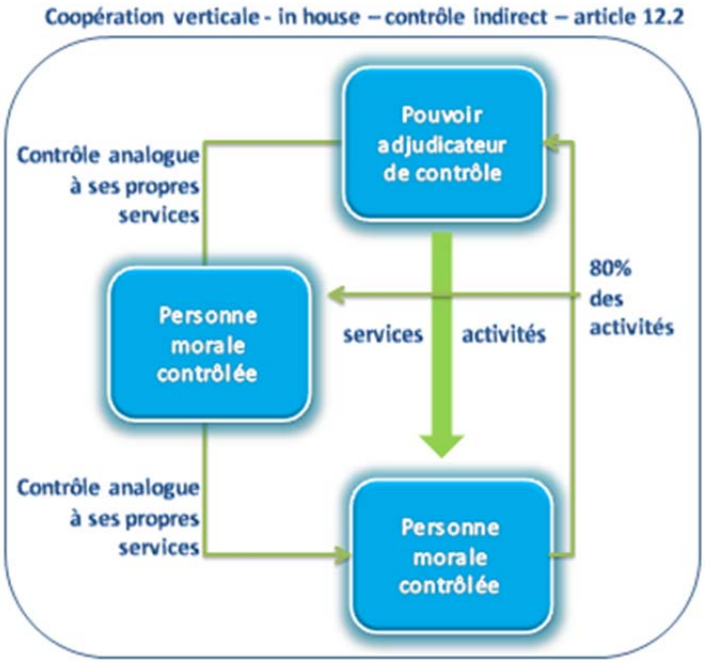

Participations privées directes : article 12.1.c, 12.2
Coopération verticale
Réglementées
Participations privées directes
Sans capacité de contrôle ou de blocage de la personne morale contrôlée,
Requises par les dispositions législatives nationales,
Conformément aux Traités,
Ne permettant pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.
capitaux privés
Personne morale contrôlée
Non réglementées

13. Comment remplir le critère de « contrôle analogue » ?

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services s'il exerce une influence décisive à la fois :

- sur les **objectifs stratégiques** de la personne morale contrôlée,
- sur les **décisions importantes** de cette personne morale contrôlée. *(article 12.1)*

Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur. (*article 12.1)*


Coopération verticale - in house – contrôle indirect – article 12.2
Pouvoir adjudicateur de contrôle
Contrôle analogue à ses propres services
Personne morale contrôlée
services
activités
80% des activités
Contrôle analogue à ses propres services
Personne morale contrôlée

RECOMMANDATIONS :

Il convient de s'assurer que la représentation du pouvoir adjudicateur de contrôle au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée ou des personnes morales contrôlées, remplisse ces exigences et/ou que les actes de gouvernance de la personne morale contrôlée ou des personnes morales contrôlées, incorporent ces clauses de contrôle des **objectifs stratégiques** et des **décisions importantes** par le pouvoir adjudicateur de contrôle ou par toute autre personne morale contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur de contrôle.

Il convient également de rappeler que cette ou ces personnes morales contrôlées peuvent être ou ne pas être un pouvoir adjudicateur en qualité d'organisme de droit public, peuvent également être ou ne pas être un organisme d'Hlm.

14. Qu'est-ce que le « In house inversé » ? Quelles conditions applicables en matière de participation de capitaux privés ?

Commentaires de l'article 12.2

Les dispositions en matière de « in house » s'appliquent également lorsqu'une personne morale contrôlée, qui peut être un pouvoir adjudicateur, attribue un marché :

- soit au pouvoir adjudicateur qui la contrôle,
- soit à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur de contrôle.

Les conditions posées en matière de participation de capitaux privés sont les suivantes :

1. quand la personne morale contrôlée attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, pas de conditions spécifiques en matière de participations de capitaux privées au pouvoir adjudicateur de contrôle conformément aux dispositions de l'article 12.2.

2. quand la personne morale contrôlée attribue un marché à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur de contrôle, la personne morale contrôlée bénéficiaire du marché ne peut comporter de participation directe de capitaux privés « *à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* ».

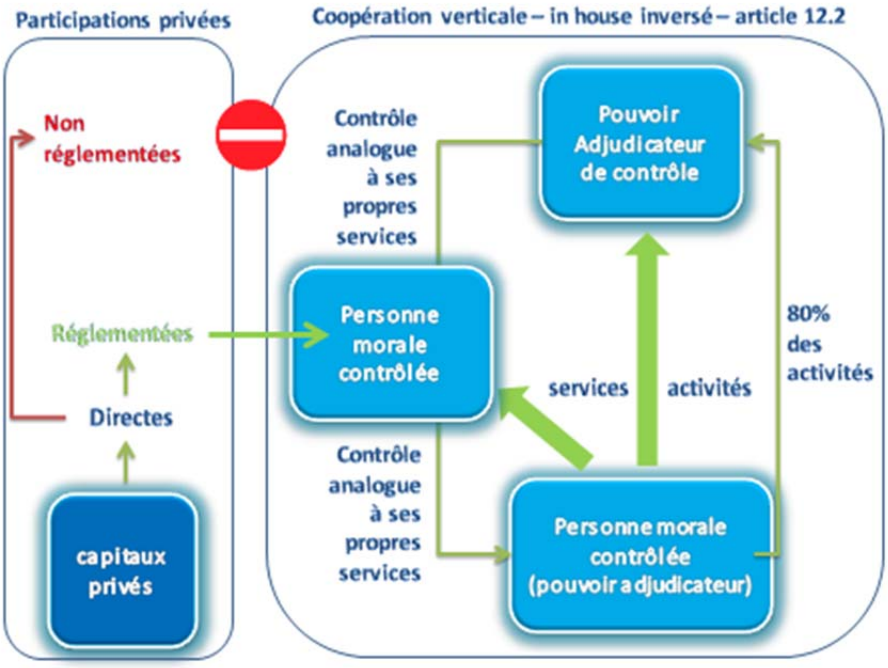


ILLUSTRATION :

Un organisme d'Hlm de contrôle, disposant ou non de participations privées directes dans son capital, peut être bénéficiaire d'un marché dit « in house inversé » qui lui est attribué par la personne morale qu'il contrôle, cette personne morale contrôlée pouvant être un autre organisme d'Hlm pouvoir adjudicateur ou tout autre pouvoir adjudicateur.

Un autre organisme d'Hlm contrôlé, ou tout autre personne morale contrôlée par l'organisme d'Hlm de contrôle, et qui ne dispose pas de participations privées directes dans son capital autre que la participation de cet organisme d'Hlm de contrôle, peut également bénéficier de ces marchés dits « in house inversé » attribués par toute autre personne morale qui est également pouvoir adjudicateur et qui est contrôlée par l'organisme d'Hlm de contrôle.

15. Qu'est-ce que le « in house conjoint » ? Quelles sont les conditions à remplir pour assurer un contrôle analogue conjoint sur une personne morale ?

Les dispositions relatives à l' « in house conjoint » sont définies à l'article 12.3 de la directive marchés publics.

Article 12.3

« *Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale de droit privé ou public peut néanmoins attribuer un marché à cette personne morale sans appliquer la directive marchés publics, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:*

1. *le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur cette personne morale* ***analogue*** *à celui qu'il exerce sur ses propres services; (article 12.3.a)*

2. *plus de* ***80 % des activités*** *de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs; (article 12.3.b) et,*

3. *la personne morale contrôlée ne comporte pas de* ***participation directe de capitaux privés*** *à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans pouvoir de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ». (article 12.3.c)*

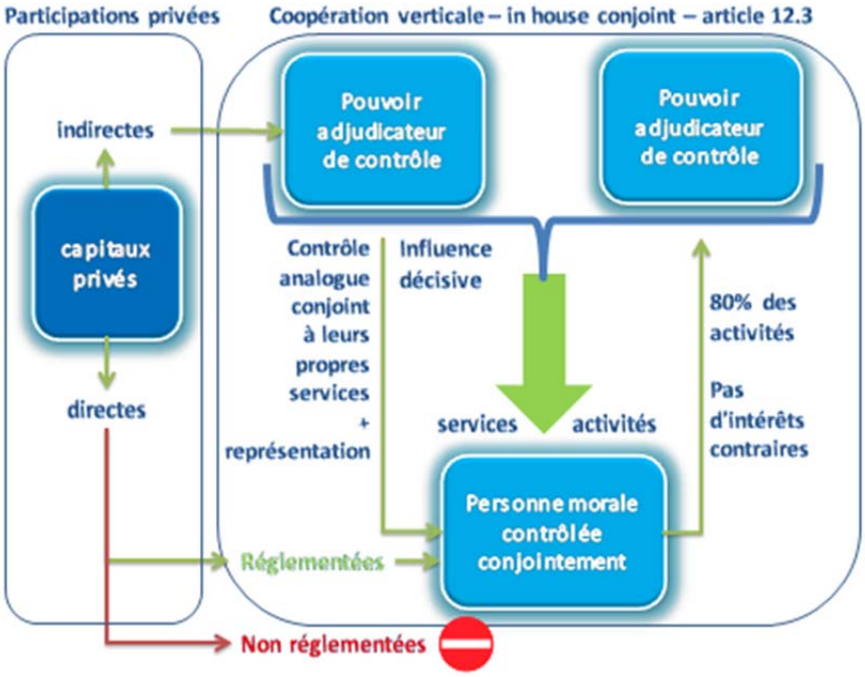


ILLUSTRATION :

L'exception « in house conjoint » s'applique par exemple quand plusieurs organismes d'Hlm, avec ou sans autres pouvoirs adjudicateurs, contrôlent conjointement une personne morale, par exemple une structure dédiée de mise en commun de moyens (GIE, SAS, SCIC…), que cette personne morale contrôlée conjointement consacre plus de 80% de son activité à exécuter les tâches qui lui sont confiées soit :

- par ces organismes d'Hlm de contrôle,
- soit par toute autre personne morale contrôlée par ces organismes d'Hlm de contrôle,

et que cette personne morale contrôlée conjointement ne dispose pas de participation directe de capitaux privés susceptible de fausser la concurrence avec d'autres opérateurs économiques.

Cette personne morale contrôlée conjointement par plusieurs organismes d'Hlm peut donc consacrer jusqu'à 20% de son activité sur le marché, aux conditions du marché, en fournissant des prestations de services à d'autres personnes morales qu'aux organismes d'Hlm de contrôle assurant un contrôle conjoint.

La notion de contrôle analogue conjoint est définie à l'article 12.3 de la directive marchés publics.

Article 12.3

*« Les pouvoirs adjudicateurs exercent un **contrôle analogue conjoint** sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:*

1. *les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de **tous les pouvoirs adjudicateurs participants**. Une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux;*

2. *ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure **d'exercer conjointement une influence décisive** sur les **objectifs stratégiques** et les **décisions importantes** de la personne morale contrôlée; et*

3. *la personne morale contrôlée ne poursuit **pas d'intérêts contraires** à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. »*

RECOMMANDATIONS :

A des fins de sécurité juridique, il convient d'inscrire ces 3 conditions de **contrôle analogue conjoint** dans les statuts et/ou actes de gouvernance des personnes morales contrôlées conjointement, en se référant explicitement à cet article 12.3 de la directive marchés publics.

Tableau récapitulatif

	Coopération horizontale	Coopération verticale
Activités couvertes	Exécution conjointe d'un service public ou de services publics complémentaires. Objectif(s) commun(s) aux services publics exécutés conjointement.	Toute activité liée à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités des pouvoirs adjudicateurs. Toute mission obligatoire ou volontaire des autorités publiques. Tout service confié aux organismes de droit public.
Acteurs impliqués	Exclusivement des pouvoirs adjudicateurs exécutant un service public. Capitaux privés : participation indirecte à la coopération par une participation éventuelle aux pouvoirs adjudicateurs coopérants.	Pouvoir(s) adjudicateur(s) de contrôle. Personne(s) morale(s) contrôlée(s) étant ou non pouvoir(s) adjudicateur(s). Capitaux privés (participations indirectes + participations directes règlementées).
Forme juridique	Liberté de choix.	Liberté de choix
Conditions	Coopération entre pouvoirs adjudicateurs. Considérations exclusives d'intérêt public. Moins de 20% de l'activité de coopération sur le marché. Concurrence non faussée.	Contrôle analogue (individuel ou conjoint) à ses propres services (influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée) Plus de 80% de l'activité de la personne morale contrôlée est consacrée à la coopération. Pas de participations privées directes sauf exception (participation directe règlementée). Influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée (in house conjoint). Pas d'intérêts contraires de la personne morale contrôlée à ceux des pouvoirs adjudicateurs de contrôle (in house conjoint).
Participation privées	Sous conditions :	Sous conditions :
Indirectes	Oui participation indirecte à la coopération via une participation aux pouvoirs adjudicateurs coopérants.	Oui participation indirecte à la coopération via une participation dans le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle.
Directes non règlementées	Sans objet.	Interdiction de participations privées directes non règlementées à la coopération
Directes règlementées	Sans objet.	Oui participation privée directe et règlementée à la personne morale contrôlée si : Participation obligatoire requise par la loi en conformité avec les dispositions des traités, Pas de capacité de contrôle ou de blocage, Pas d'influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée.

Annexe : article 12 et considérants 31 à 33 de la directive 2014/24/UE

Article 12 :

Marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public

1. Un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services;

b) plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle;

et

c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

2. Le paragraphe 1 s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

a) le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;

b) plus de 80 % des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs; et

c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Aux fins du premier alinéa, point a), les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux;

ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée; et

iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent;

4. Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

a) le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun;

b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public; et

c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération;

5. Le pourcentage d'activités visé au paragraphe 1, premier alinéa, point b), au paragraphe 3, premier alinéa, point b), et au paragraphe 4, point c), est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

Considérants 31 à 33

(31) Il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics.

Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. La seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics. L'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exercer les missions de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics.

Il convient de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exclue n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés dans la mesure où cela place un prestataire de services privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

(32) Les marchés publics attribués à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80 % de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché.

Cette exemption ne devrait pas être étendue aux situations où un opérateur économique privé détient une participation directe dans le capital de la personne morale contrôlée dès lors que, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché public sans recourir à une procédure concurrentielle conférerait à l'opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée un avantage indu par rapport à ses concurrents. Toutefois, eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par une disposition législative nationale en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant. Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés.

Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le marché est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs.

(33) Les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public. Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques; ils pourraient également être complémentaires.

Les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public.

Votre contact sur ce dossier :

Virginie Toussain
Juriste-conseil
Marché intérieur – concurrence – aides d'Etat - fiscalité
Représentation auprès de l'Union européenne
virginie.toussain@union-habitat.org
+ 32 2 213 84 42 + 32 495 211 377
www.union-habitat.eu

Votre page ressource :

http://union-habitat.eu/?article259